

養子制度と里親制度

特にその親権を中心として

右 田 紀 久 恵

A STUDY ON ADOPTION AND FOSTERFAMILY CARE

By KIKUE UDA

は じ め に

近代国家における不遇児童 (Deprived Children) の保護形態は、収容保護と個別的保護並びにその中間形態としての Group Foster Home 等が存在することは周知の事実である。而して、これらの三つの保護形態中いずれが、より適切に、そしてより強力にこれらの児童保護の効果を発揮するかについては、種々の議論があり、かかる議論は今後もおはなばなしく展開されることは当然予想されるところである。しかし我々は、その様な議論にのみとらわれて個々の保護形態自体に内在するところの問題を等閑視することを避けなければならない。私が本稿において、個別的保護形態の中核をなすものと考えられる養子制度と、里親制度をとりあげたのも蓋しかかる理由による。

民法典中養子に関する規定が改正されて10年、同時に里親制度が立法化されて10年を経過したが、児童保護の観点からみれば、これら両制度についての研究は未だ充分とはいえないものがあり、殊にかかる観点からみた両制度の関連性を論じたものは殆んど皆無であると言っても過言ではない*。以下に呈する論文は、先づ右の点についての私の考えを記述し、次いでその結論から得られたところの里親の親権について論及を試みたもので、いわば二つの部から成っているものであるが、特に後半の里親の親権に関する部分については本文中にも断ってある様に未だ試論の域を出でないものであることを予めふくんでいただきたい。

尚本文中にいうところの里親委託というのは、公的機関の斡旋によって養育委託契約が締結され、かなりの長期にわたって養育をなしている里親を意味し、範囲をこれに限定するもので、本来里親委託の名を冠するには適切ではないと思われる処の“昼間里親”“一時的里親”を除くものであることも、あわせてお断りしておくものである。

—

養子制度と里親制度、この両者は、その発生理由に於ても、且又、その沿革に於ても、本質的に相異なるものであることは疑うべくもない。前者は、未開社会に於ても、特定の目的事実を掲げて存在し、

* 山本正憲：“養子と里子”，神戸法学，2巻，1号があるのみである。

制度と結合する一定の目的に変遷はあっても、制度自体としては、今日尚殆んど、各国の法体系上に実定法として位置づけられ、特に身分法の領域では、重要な役割を演じている。而して、右の目的事實は、養子制度を容認している社会構造、風俗、慣習の異なるにつれて相違するのは勿論であるが、その事実が時代社会を背景としていればこそ、古くから養子制度に対する国家的関心は強く⁽¹⁾、それが直ちに実定法の詳細な規定となってあらわれ、今日に及んでいるのに対し、これに反して一方後者、即ち里親制度は、制度設定の基礎たるべき、他児養育の慣行が可成り古くから存在していたのにもかかわらず⁽²⁾、児童保護の觀念の欠如から、永らく法制度として確立される機会を奪われていた。

ところが、19世紀の後半頃から、先づ欧米に於て、社会の福祉という人類本然の要求、特に児童福祉の要請が漸く国家的関心を集める様になり、一方私人の自由に委ねられていた他児養育の弊害が⁽⁴⁾、徐々に世人の注目を浴びるに至って、里親制度立法化の機運がとみに昂まり、これが20世紀に至って、人権思想の風靡と共に⁽⁵⁾、漸く法制度としての確立をみた。即ち、1907年の英国に於ける Children's Act⁽⁶⁾ 1922年のドイツに於ける Reichs Jugendwohlfahrtsgesetz⁽⁷⁾ 1935年アメリカに於ける Social Security Act⁽⁸⁾ 等がこれに該当する。我国に於ても、今次大戦後、昭和23年1月1日福祉国家の理想のもとに、児童福祉法が施行され⁽⁹⁾、永らく地方の慣習として存在し得たにすぎなかった他児養育委託が、法制度として取りあげられるに至ったわけである。立法後、未だ日浅きため、今後の課題として新たに、里親制度に関連するところの諸々の問題——その中には、里親が、自己の利益を不当に拡大せんがため、児童保護の本質を忘却して、制度を悪用することに起因するもの、或は、かつての他児養育という事実たる慣行を抽象的、組織的な法定の制度にたかめるに際し、技術上の困難性を理由として、意識的もしくは無意識的に、とりあげることを放棄されたことに起因する統一的理論と、現実との断層から生ずるもの、或は、公定された制度自体に内在する問題等が考慮し得る——が起因しつつあり、これらの問題が随所に入り乱れ、相複雑して、同制度の理論的事實的発展過程に於ける障害を形成している。それは兎も角、現在迄丁度10年間、実定法に止揚された里親制度は、孤児及び不遇児童に対し、その代替的家庭を与え、健全な家庭生活を通じて人格の完成をなさしめる為、種々児童の健全なる保護育成に貢献する処が大であったことは否めない。誠に、里親制度の法制化は、その他の児童福祉立法と共に、国家の孤児、不遇児に対する Beste Geschenk——例えそれが、児童の国家に対する、当然の権利であったとしても——にも等しいものであった。

ところで右の様に、我国に於ける他児養育の慣行が、児童福祉の理念のもとに法制度としての登場をみたとき、他方に於て、養子制度も既に前近代的な家の觀念を基盤とした身分的結合の旧来的因襲を放棄して、未だ充分とはいえないとしても、その機能の一端に児童の収養と保護という役割をにない、所謂“子のための養子制度”へと転向を開始したのであった。この現象は単に我国にとどまらず、むしろ世界的な趨勢であり⁽¹⁰⁾、そのため養子制度は、児童保護の社会的機能を有する点に於て⁽¹¹⁾、里親制度と著しく近似性を帯びる様になった。

形式的な法源から論ずれば、我国に於ける養子は、民法典にその根拠を有し、里子は児童福祉法にその根拠を有するものであるし⁽¹²⁾、更に両制度の実質的な差異を求めてみても、養子制度は、特定の者が他人の子を収養しつつ、両者間に人為的擬制的親子関係を設定するものであるといわれ⁽¹³⁾、

里親制度は、家庭環境に恵まれない不遇児童を篤志家に預け、その温い愛情と、家庭的雰囲気との中で育成するものであると言われる様に⁽¹⁴⁾、前者は、擬制的親子関係の設定、従って、それに伴う親子間の法律関係(親権・扶養義務・相続等)を包含する身分的色彩の濃厚な制度であるのに対し、後者は、単に養育希望者と都道府県知事との間の(実親及び児童相談所長は、形式上の当事者ではない。)里子養育委託契約に基く児童保護の合目的的制度であって、身分法的な法律関係というよりは、むしろ契約法的な色彩を帯びており、制度としての両者については本質的に相異なるものが存在するにも拘らず、何故、そして又如何なる過程を経て、古代から法制度として存続して来た養子制度が、近代に於て、里親制度に類似する児童保護の機能を有するに至ったのであろうか。そして又、両制度は、現在如何なる相互関係を有し、いずれが児童保護の目的に対する実効的な優越性を保持しているのであるか。更には又、両制度の将来の交錯性はどうか、ということは可成り我々の興味をひく問題である。

そこでまづ、これらの問題を検討してみよう⁽¹⁵⁾。そのためには、養子制度の起源と、その発展過程を簡単に振り返りながら、右の諸点を論ずることが不可欠のものであることは論を俟たないであろう。

二

養子制度は、古く未開社会に於て、既にその存在を見出すことができるが⁽¹⁾、その歴史的な進展は、大ざっぱに言って、“家のため”、“親のため”、“子のため”という方向をとって推移し、現在に至っているというのが、現在学者の通説であり⁽²⁾、その意味は周知のものたること疑うべくもないが、しかば自然的、生物的な親子関係が、人為的、擬制的親子関係とは異なるものであると思考された未開社会に於て、何故前者と別個に後者の存在を容認する必要があったのであろうか。これは即ち、養子の起源として古来、当該社会における人類の生活形態を中心に、色々と民族学者⁽³⁾並びに、法学者によって論議されて来た問題であり、祭祀承継のため⁽⁴⁾とか、血統継続のため⁽⁵⁾とか、労働力獲得のため⁽⁶⁾とか述べられているが、歸するところその起源は、種々雑多であって、甚だしくは、東トレス海峡の一島嶼における生前養子、或は、メラネシアのバンクス諸島のモタ島における、生育費用負担養子の如く、何らの合理的な根拠もなく、養子制度が利用されることもあって⁽⁷⁾、かかる現象からみれば、畢竟、特定の社会に於ける養子制度の存在理由は⁽⁸⁾、それを容認する社会の要求によって決定付けられるということが言えるのであって、その存在理由を単一の事実を求める事は誤りであるということになるであろう。而して、このことは、逆に言えば、現在特定の目的のために利用されている養子制度というものは、原始的養子制度に内包された個々の効果を分化し、その名こそ古来一貫して、養子制度と名付けられてはいるけれども、その内容は、原始的な養子制度においては、あくまでも、附随的效果として発生した現象を、それ自体制度の目的に掲げて独立したものであると推認するに難くない。

それでは、個々の機能に分化する以前の原始的養子制度は、如何なる意味に於て把握され得るであろうか。端的にこれに答えるとするならば、それは異質者を同質化して、これに集団構成員(所屬員)としての地位、及び役割を附与し、集団の拡大を求めること⁽⁹⁾がその本質であったといい得よう。

換言すれば、その原初的形態は、同質関係即ち、身分的關係の創設がその期する処であって、同質化の理由となった、捕虜収容、労働力獲得、婚姻等の事象は、制度そのものの機能とは本質的な関係を有していなかったものと考えることができる。この結論は、未だ推察の範囲を出でないと非難があるかもしれないが、この点について、我々は既に先人の偉大な業績を所持している。その言葉をかりれば、本来的養子制度は“一般的に同質関係を創設する点にその機能を有する。本来の形態においては、個々の親族的効果が対象であったのではなく 親族関係それ自体——同質的關係の基礎の創設——が対象であった。したがって、それは原初的な形態においては……成員補充、成員権の付与がその機能であったといい得る⁽¹⁰⁾。”本来的養子制度を、この様なものとして把えることが許されるならば、“養子を『家系承継養子⁽¹¹⁾』と『財産分与養子⁽¹²⁾』に対立させたり、『相続人とするための養子⁽¹³⁾』と、『子を養育するための養子⁽¹⁴⁾』に二大別する立場も、何かこの様な実体的な関係が存在したように考えるものであり、本来的縁組が、いかなる目的とも結合する性格をもっていた本質を、見失わせるようにも感じられる⁽¹⁵⁾”。ということになるであろう。

もっともかかる説をもって支配的見解となすことを肯定するには、幾分躊躇せざるを得ないものがあるが、ここで重要視さるべきことは、各時代に於ける養子制度は、本来的養子制度の機能であった成員補充という現象を通じ、特定の目的と結合して成立したものであるということである⁽¹⁶⁾。“家のため”，“親のため”，“子のため”という制度自体の推移も、まさにその時代を背景とした特定目的を、本来的養子制度に結合したのに他ならぬものであって、制度としての名称は、異質者の同質化の故に、古来一貫して養子制度と称せられてはいるけれども、大家族集団的生活形態を維持した時代に於ては、家団維持の目的を右の機能と結合させ、次いで大家族集団が解体し、家長を中心とした小家族集団的生活形態へと移行した時代においては、儒教的思想の影響と相俟って、戸主権を利用して親のためという目的を掲げ、更に近代家族の成立—戸主権の崩壊と共に、新たな時代思想の要請をうけて、漸く、本来的養子制度の機能を、子の福祉という目的に結合させるに至ったものであって、かかる変遷を経た結果、近代における子のための養子制度が確立し、不遇児童 (Deprived Children) の保護を目的とする里親制度に近接・類似する性格を有するに至ったものといえる⁽¹⁷⁾。

もっとも、この立論に対しては、相異なる見解がないわけではない。“原始的養子制度の支柱であった一体感情の後退とともに、本来は親族関係自体の創設が目的であったこの制度も、まもなく、親族関係に含まれる特定の効果発生を目的とする親族関係創設に利用され、さらには、特定の親族効果発生のためにのみ利用され、やがて、これらの目的のための他の独立の制度によって、その機能を奪われ、しだいに消滅するか、独自の意味をもたぬ残存物となった”。而して、養子制度が、人々の不信と忘却のなかから、はじめて公然と取上げられたのは、フランス革命当時における立法議会 L'Assemblée législative においてであって、“ここで養子制度に新しい意味が付与され”“その後における、養子立法は、19世紀を通じて、古代ローマの威光および、その伝統の力と実際の社会慣行と、微弱ではあったが、フランス革命の掲げた新しいルソー的理念との三つの要素の複合によって、それぞれの国家に特有の形態で、それぞれの統一法典編さんのなかに結実⁽¹⁸⁾”したと述べられるのがこれである。

この見解にあっては、近代的養子制度は、特定の効果目的と、本来的養子制度の機能の結合した結果の所産には非ずして、近代に於ける輝かしい合目的構想が、養子制度という名のもとに、新たな使命を帯びて断固として登場して来たものであり、かかる意味に於て、両者は、一方が他方の同質的な延長、又は変形と目することはできず、相互に異質的な存在と言うことになるであろう。かかる見地にたつ論者自らが、養子“制度それ自体の推移としての異質の再生の過程とみるのがより適切なのではないか⁽¹⁹⁾”といわれるのも、蓋し当然の結論である。この見解は、養子制度の本質を、その一貫した名称にまどわされることなく把握し、各時代に於ける養子制度を、法体系の中に正しく位置づけることを可能ならしめる卓越したものであると考え得るのであるが、これは20世紀になって養子制度を他児養育、殊に未成年の孤児棄児等の救済のための保護制度へと指向せしめた、カナダのケベック州法⁽²⁰⁾を頂点とし、縁組における養子の利益をその実質的要件として取あげ、未成年養子のため、立法上特に考慮を払ったイギリス法⁽²¹⁾、ソビエト法⁽²²⁾、フランス法⁽²³⁾、その他デンマーク⁽²⁴⁾、スエーデン、メキシコ、イタリア並びに、多数の北米合衆国州法等⁽²⁵⁾、所謂法制度としての養子制度に、近代的使命を期待した先駆の諸国に於て妥当するとしても、未成年養子を成年養子から実質的に区別する⁽²⁶⁾立法的解決を施さず、離縁による氏の変更に伴う、祭具等の所有権の帰属について、可成り因襲的な家族制度の匂いを残存せしめ、僅かに未成年養子に対する家庭裁判所の許可を要するとしたことによってのみ、近代的な養子法の一面を匂わせている、所謂、妥協的な性格を有する⁽²⁷⁾我が国の養子制度には、あてはめることはできないものといわなければならない。これをしも、なお、本来的養子制度の異質の再生とみるものというなれば、それは近代的養子制度の光輝ある観念的理想にとらわれすぎて、我国養子制度の現実を無視せるものとの非難を免れ得ないものであって、事を我国養子制度に限定して論及する限りにおいては、それは例え僅かであってもその機能の一部に於て、先進諸国の養子制度がもたらすが如き、児童保護の効用を挙げうるものではあるけれども、制度それ自体の実質は、本来的養子制度を出発点として、独立した特定の法律効果の発生を目的とする、進化形態としての養子制度の一態様に過ぎないものといわなければならない、さればこそ我国養子制度が、所謂妥協的な性格を帯びているものと非難されるゆえんである。

従つて、近代我国に於て称えられる“子のため”の養子制度は、右にのべた異質者の同質化という本来的養子制度の機能が、子の福祉という目的に結合された所産であつて、家及び戸主の制度、従つて又それらを基盤として、養子制度を利用する特定目的を喪失した近代に於ては、右の現象は蓋し当然の趨勢であつたともいえるのである。

三

“子のため”の養子制度は、右の様な経過を重ねた結果に由来するものではあるが、我口に於て養子制度について言われている“養子の利益のため”と、里親制度について唱えられている“児童福祉のため”とは、等しく対象者の保護乃至その福祉を目的とする点に於て、類似の効用を挙げうるものとはいへば、両制度の趣旨、本質の相異なるために、自らその目的に対する実効性においても差異あることは、疑をはさむ余地のない事実である。而して、かかる差異並びにその結果たる両者の優越性を明

らかにするためには、制度自体を学理的に比較衡量するのみならず、制度運用の実証的な結果の比較衡量に迄及ばなければ充分とはいえないが⁽¹⁾、ここでは前者のみについての問題を、(一)目的論的な立場からみた制度自体の実効性、(二)制度に対する法的羈束性、(三)制度設定の法技術的側面の三つの観点から考察することにしよう。

(一)の問題は、両制度がそれ自身の目的に対し、どの程度の実効性を発揮する可能を有しているかの問題であり、(二)は両制度における法規定の干渉が、制度の目的達成のために確実にして、且つ十分な役割を果し得るか否かの問題、(三)は制度運用上の技術的な問題に帰着する。

I. 制度がそれ自身の目的に対して有する実効性についての優越性

里親制度は既に触れた如く、不遇児童の保護を目的⁽²⁾として確立された合目的的制度であって、かかる目的を離れて里親制度を考えることはできないし、ここにいわれる“不遇児童の保護”とは、不遇という意味が示すが如く、家族構成員としての一般的平均人を基準として、絶対的な意味に於ける幸少なき（経済的な場合のみならず、精神的な場合も含むのは勿論である）児童をして、一般人と同様もしくはそれ以上の保護を与え、しあわせを増加する意味であるのに対し、養子制度にいわれる“子のため”という意味は、当該養子について、その身分取得以前と取得以後についての福祉の度合いを考え、身分取得以後の福祉が以前のそれにまさる場合をいうのであって、相対的な問題であり、必ずしも不遇の児童を対象とするものではないのみならず、我国に於ては、養子は単に未成年者にのみ限定されることなく⁽³⁾、成年に達した者といえども養子となり得るものであって⁽⁴⁾、その両者の間に何等実質的な要件上の差違を公定せず、未成年養子について家庭裁判所の許可を得なければならぬ⁽⁵⁾としたことによって、養子の実質上の利益を考慮しているにすぎないから、真に保護を要する不遇児童の救済という目的を貫徹して居ないうらみがあるものといえることができる⁽⁶⁾。

従つて、養子制度に於ては、児童保護を唯一の目的とする合目的的制度たる里親制度とは異り、児童保護の目的は、制度の本質的な要素をなすものではないと考えられる⁽⁷⁾。而してこのことは、養子制度の手段的性格と相俟って、常時児童保護の効用を同制度から奪い去る危険性にさらされる要因をなすことも又否定できない。即ち、家の制度を破壊し、個人の尊厳の理想のもとに、すべての点において近代化されたといわれる今次大戦後の法規の改正に際してすら、尚、踏切ることができなかった因襲的な家の制度に対する懂着的な考え方（離縁による氏の変更に伴う、祭具等の所有権帰属の規定の温存等⁽⁸⁾）が、復古的な思想に拍車をかけられ、養子制度が本来如何なる目的とも結合する手段的な性格を有する点を巧みに繰って、“養子のため”の観念を排除し、コペルニクス的な展開を試みるかもしれないという危惧がこれである。我国における養子制度に関する改正法が、実質的に“家”制度的養子を復活させる素地を残しているといわれるのも⁽⁹⁾、右と同様な見解であって、制度そのものは、あくまで実定法に位置づけられ、その存立根拠を全からしめることを得ても、その制度にもられる内容を豹変することにより、児童保護の理念を抹殺し、又はその効用を著しく減少させる制度内容の逆行的転換の可能性を有する点に於て、児童保護の目的に対する安定性を欠くものといわなければならない。この点において、制度自体の改廃はあっても（このことは、単に里親制度について考えら

れるのみならず、養子制度についても又おこり得ることである）制度内容の逆行的転換のおこり得ない（仮にかかる事態が生じたとするならば、それは在来の目的概念によって規制される里親制度が、その目的であるところの不遇児童の保護という近代的使命を放棄して、本質的に何らか別個の他の制度に転向したものであって、それを里親制度の内容の転換と考えるのは、在来の制度の観念的な仮象にとらわれた思考的誤謬の産物に他ならない）里親制度の方が、より一層その目的に対する効用に寄与するところ大なるものがあるということができよう。

次に、右の両制度の効用を享受する一般人の意識の中に、旧来の“家”の観念が根深く残存しており、かかる意識が現在に於ても子のための養子制度の観念を排斥して、これを“家のため”、或は“親のため”に利用せんとする傾向をもたらししていることも見逃すことの出来ない事実であって⁽¹⁰⁾、このことは逆からいえば、現代社会に於ても尚家のための養子が、広範囲に求められるということであり、そのため右にのべた如く、ただでさえも近代養子制度⁽¹¹⁾の理念に徹しきれない我国養子制度の効果を、著しく減殺しているものと考えることができる。

而して、法の想定する制度の趣旨を逸脱し、その期する目的と背反するために、右制度を利用せんとする一般人の意識の問題は将来養子制度の趣旨の徹底を図り、更に運用面における指導監督に意を用うれば、或程度これを除去することは可能であると思われるが、法の宛名者たる一般人の意識が、全く旧態依然とした残滓の中にあって、如何に“古きかわぶくろに新しきをもる”ことを強調したとしても、自ら一定の限度があるのと同様に、養子制度の実法的な位置づけ、その認容の仕方、並びに内容等を、我国現在のそれにとどめる限りに於ては、根本的に解決し得ないものではなからうか。

もっとも里親制度についても、その効用を享受する一般人の意識の問題は存在する。形式を里親の美名にかりて、その実質を労働力の補給におく制度の乱用者の存在も考えられるし、事実実際上の問題としてかかる弊害を露呈し、世評をにぎわせたこともあった⁽¹²⁾。かかる悪弊は、里親制度そのものの目的からして、断固排斥されねばならないことは言葉をまつ迄もないが、ただかかる意識の問題を、養子制度に於けるそれと比較検討するならば、前者に於ける右の作為は、当然制度目的から逸脱した不法のものの一蹴され得るのに対し、後者のそれは、単に右の様な障害をともしう場合ばかりでなく、形式に於ても、実質に於ても、不法たるの問題を生ぜずして、ただ制度そのものの近代的使命には合致しないところの——いうなれば、近代家族に対する思考からみれば、妥当ではないが如き効用の享受を目的とする——作為をも包含しそれが法を創造する社会意識、社会慣行に累積し、遂には制度そのものの目的を更改する可能性をも有する点で、前者の方が制度の運用に対して消極的な障害にすぎないものということができよう。

従つて、右の諸点から考えれば、養子制度に比して里親制度の方が、よりその目的に対し実効的な優越性を帯びているとの結論を導くことができよう。

Ⅱ. 両制度に於ける法的羈束性からみた優越性

一定の家族制度の定立は、その時代を背景とする国家社会の意思に基いてなされるものであることは先にもふれたところであるが、養子制度は、古くから家族制度を擁護する重要な役割の一端を担っ

ていたため、国家的関心が強く、擬制的親子関係の法律的效果についても、氏の変更、親権者の交替、扶養義務、相続権の取得等、法規の十分に容喙するところとなっており、家族構成員としての地位は実子のそれと全く同一であるのに対し、里親制度は、その実定法的な位置づけが、近年に至って抬頭した⁽¹³⁾新しい目的に適合させるものであって、その方法が有限的協同体としての近代家族との身分法的な関係に於てなされることなく、制度の直接目的たる児童の保護育成の面から強調されたために、法の規定が所謂身分法の領域たる家族法体系の中に割入ることを避け、必要やむを得ざる場合を除いて（児童収容施設の長の親権代行、その他親権に関する規定等⁽¹⁴⁾）、身分法的な法律効果の変動につき、沈黙を守っているものであって、この身分上の権利変動の有無の点が、両者の重要な相異の一つであると認められる。

而して、児童保護の観点から言えば、児童は、養育委託契約の対象として、単に里親からの養育を受けるということにとどまるよりは、むしろ養子の如く、養親の家庭における一員として、実子と同じく権利参与の地位を与えられ、身分上安定した地位におかれることが望ましいことは論をまたない。かかる意味に於ては、身法的な保護を保証される養子制度がより児童保護の度合いに於いて勝っているといえることと思う。

しかし乍ら、一定の制度における効果の発生に対し、法規が細分的にこれに関与し、その効果の変動が広範囲かつ確定的である限り、その結果が却って又その制度の利用を阻むものであることも、ゆるがせにできない事実であろう。即ち、我国に於ては、養子縁組による養親子関係の発生にともない、養子には実子と同一の法律上の地位を附与し⁽¹⁵⁾、しかも尚、氏の呼称、親権の離脱等の効果を除いては、実親子関係も引続き継続せしめているが、かように養子に対して附与される権利参与の広範囲さは、皮肉にも養親たらんと欲する者をして、養子縁組に対し極めて慎重な態度を保持せしめ、これを消極的な面に解決せしめることとなるのである。勿論養子縁組の解消は法によって認められてはいる⁽¹⁶⁾けれども、単に養親の恣意的な考えからこれを実行することは不可能であるから、いきおい養子縁組を躊躇せざるのやむなきに至ることはやむを得ないことかもしれないし、かかる事実をもって、一概に非難することは当を得ないものであろうが、かかる法的拘束性の稀薄な里親制度に於ては、右の懸念は全然存在せず、養子縁組に比して、比較的容易にこれを利用することを可能ならしめるものと考えられる。現実の問題として、“子のため”の養子制度という制度の理想的目的は、これを諒とし乍らも養子の地位の強大さ——特に相続権の取得と縁組解消の不易性——の故に、縁組の実行を躊躇する⁽¹⁷⁾潜在的養親（縁組締結迄は養親という言葉はあてはまらないので、便宜上かかる言葉を使用する。）が可成り存在する⁽¹⁸⁾ことは、今後注視されるべきであって、かかる制度の目的と退行的な現象との乖離は、養親子関係の法的拘束の強靱性を媒介として、程度の差こそあれ常に起生する不可避の問題であり、将来養子に対し如何様な観点から如何様な地位を附与することが、より子のための養子という目的に合致する効果を挙げ得る⁽¹⁹⁾かは、十分に吟味されなければならないが、ここで重要視されるべき一つの事実は、右の如き潜在的養親は、養子制度を利用する代りとして里親としての登録をなし、里親制度を利用して、児童保護に寄与していること、並びに養子制度を利用する前提的試験期間⁽²⁰⁾として、里親制度を利用しているということであって、右の意味に於て里親制度

は養子制度の代替的、補充的作用を営んでいるということが出来るであろう。事実、里子から養子への移行をたどるケースの多く存在することは⁽²¹⁾、右の事実を如実に物語るものであって、英国においてみられる様な、試験養子制度の存在しない我国において、法的拘束の強靱な養子制度利用のために、その発生の由来に於て相異なる別個の独立した制度たる里親制度が利用されるということは、立法者の予期せざるところであつたとはいえ、両者の機能の異質性を物語るものであり、両制度がかかる連繫を有する点より考えれば、あながち児童に対して強大且つ確固とした法律効果を附与することのみが、よりその福祉を増大させるとはいきれないものがあるといわざるを得ない。

Ⅲ．法技術的な面に於ける優越性

最後に法技術的な面における両制度の相異点を考察するに、先づ里親制度にあっては、里親の登録手続、里親希望の申込、更には里子委託契約の成立、指導監督、解決等について、公的機関たる児童相談所がその職務を司っているから⁽²²⁾、この制度の利用を欲する者は、児童相談所乃至は福祉事務所を通じて、容易に又、確実にその目的を達し得るが、一方養子縁組に際しては、かかる公的斡旋機関の存在につき、これを容認する何らの法的規定もなく、従つて縁組希望者は、私人の手を通じてのみ相手方を見出すことを余儀なくされ、このことが養子制度の発展に、少なからず障害を形成しているものといふことができよう⁽²³⁾。もっとも、里親制度運営の指針として、昭和23年10月4日厚生次官が各都道府県知事宛に発した“里親等家庭養育運営要綱”は、養子縁組についても児童相談所の活用をなすべき旨の定めがあり⁽²⁴⁾、縁組の調査、認定、斡旋、離縁等に関し詳細な規定がなされているけれども⁽²⁵⁾、児童相談所の弱体なることを主たる要因として、かかる点の広報活動も殆んど行われていないし、実務上かかる実例の存在も殆んど無い状態であるから、公的機関たる児童相談所が制度利用希望者をして統一的に、これに援助、指導を与える点に於て、里親制度の方がより一層整備されたものといふことができる。

以上に於て、両制度の類似的機能についての一応の比較を試み、児童の保護に対する優越性を知ることができた。

即ち、(一)の点に於ては、養子制度に内在する不備と、児童保護の目的に対する制度自体の背離の可能性を知り、(二)に於て、その法的拘束性の度合を媒介として、両制度の目的に対する障害性を見極め、(三)に於て、養子制度運営の技術的欠陥に基くその非円滑性を見出した。

而して、これらを総合すれば、児童保護の目的に関する限り、里親制度の方がより良く養子制度の欠点をカバーしているとの事実が明らかであろう。そしてその強みが、即ち近代に於ける合目的的制度としての里親制度の確固とした存在理由でもある。

しかし乍ら、養子制度が身分法上に、里親制度が契約法上にその地位を占め、両者の有機的な連繫、社会的な機能の差異並びに児童保護の程度の強弱が、右に述べた様に理解せられる限り、法律の規制を在来の儘にして、そのいずれかを他に吸収せんとすることは、両制度の性質上、また立法的技術上極めて困難なことであつて、仮に将来その目的が“不遇児童の保護”に統一されたとしても、それ

を果す道標としての両制度は、これを併存せしめて相互補足的な作用を営ましめなければならないであろう。

四

ところで、右にみて来た様に里親制度は、養子制度に比較して児童保護の目的に対し、より良くその実効性を獲得する可能性を有しているわけであるが、その法的な干渉が稀薄の故に、保護の対象となる児童に対し、その効果を十分に発揮し得ない点に於て、養子制度に劣る事は争えない事実であろう。このことは、はじめにも述べた様に、里子委託の関係を契約法的な立場に於て把握し、身分法上の規制を排除したことに起因するが、これが感情的な面に於ては、里親里子の一体性＝家族構成の一員たる感情の欠如となり、又法的な面に於ては実親の子の福祉を害するが如き、恣意的行動の不可避性となってあらわれている。具体的に云うならば、里子縁組の成立は、何ら里親里子間の身分法上の関係を創設せざるため、里子に於て法律上里親の氏の呼称は許されないし、又里親は里子に対する親権の行使をなし得ず、かかることが里親及びその親族と里子との間の緊密感を稀薄ならしめているのみならず、親権者たる実親の里子引渡請求をはじめ⁽¹⁾、その他里子養育上の問題についての不当な申出に対し、それが明らかに里子の福祉を害することが判明していても、里親に於てこれを拒否することができないという事態を発生せしめているということである。これは、現実の里親子関係に対する我々の意識と合致せず、又かかる考え方は、里親子の十分な保護を図り得るものでないことは明らかであろう。

里子委託契約を、契約法的な立場から把握する限りに於ては、仮にそれが如何に里子の福祉の上で有益なことであったとしても、里子に里親の相続権、又は里親に対して扶養請求権⁽²⁾を認めたり、或は里親に包括的な親権を附与したりすることを容認することは不可能であるかもしれないが、さりとて現に一個の家庭に於て事実上の養育関係を保持している両者の間に、何ら身分法的な権利関係の割込む余地を認めないことを強調することも、それによって現に障害が生じている以上は⁽³⁾、十分に納得しかねる議論ではなかろうか。而して、子の福祉ということを論議の中心として考えてみると、親子関係の本質は、血縁関係の存在そのものよりも、むしろ親の未成熟子に対する監護養育の事実を求めることができ、この事を承認するとするならば⁽⁴⁾、例え自然的血縁関係は勿論、擬制的血縁関係すら存在しなくとも、監護養育の事実の存する以上その関係に対し、養育に必要と考えられる或程度の身分法的な規制を加えることも決して不可能ではないであろう。このことは養子に与えられる法律上の地位が、各国、各時代に於て相異なる⁽⁵⁾。ということからもまた説明できる。即ち、現代各国に於て養子はひとしく、養親との間に嫡出親子関係を有するが、両者の間に於て具体的に如何なる法効果を認めるかは、第一に当該社会が養子制度に期待するところの目的を考慮し、第二に当該社会における実子の地位を考えて決定づけられるものであって、嫡出親子関係取得の点に於て一致をみても、尚養子に与えられる法律上の地位が一定しているものではないのと同様に、里子委託が契約法の分野から把えられ、身分法の領域に於ては、同制度に対する沈黙を守っていたとしても、別個の法域⁽⁶⁾から里親子に与えられる法律上の地位については、必要な範囲において自由な操作をなし得る筈であって、

養育事実に注視し、法による保護の目的をこれにおき、里親子の関係に対し身分法上の権利関係を附与したとしても決して非難を受くべき筋合ではないと考えられる。かかる意味に於て、今後養育事実に注視して、この事実に対して何らかの現在の法的保護を与え親権者の恣意的な介入を排斥し得ることとし、もって児童保護の効用を一層大ならしめる必要を痛感するのである。しからば一現実に養育事実に對し、法によって現在以上に如何様な保護を与えることが望ましいかということが次に考慮されなければならないが、里親の里子養育事実に對して法の保護を与えるということは、一に里親制度の目的たる児童保護の効果を一層強力且つ拡大せんがために必要とされるところであるから、児童の養育保護について里親が必要とすべき身分法上の支配権がこれにあてられるということは、自ら明らかであろう。而して、現在、児童について考慮される身分法上の支配権は、これを親権に求める外は考えられないので、帰するところ里親に對し児童養育について、親権内容の一部を附与してはどうかという問題に還元されることとなる。

從つて、次に親権について簡単にその性質、沿革を省みると共に、併せて親権なるものが右の様に、血縁関係が存在せずにもかゝる、通常予想し得る親の未成年子に對する養育に匹敵し得べき継続的な養育関係を有する里親の場合に於て、これを附与し得る性質のものであるか否かについて検討し、更に里親に親権を与えるとすれば、現在民法上認めている親権のいかなる範囲のものを附与するのが適切であるかを考えてみたい。

五

親権とは、親の未成年子に對する保護を目的とし、身分的支配作用を基礎とする子の身上及び財産についての権利義務の總稱であつて、民法第 820 条以下に規定されているものをもってその内容とする。用語の外見のみからみれば、親権とは恰も親の子に對する権利とのみ解し得べきが如くであり、事実未成年者の對第三者との関係における財産的保護にあつては、権利であると解しても差支えないのであるが、未成年者の心身に對する保護については、権利と同時に義務をも包含するものであるから、これを権利とのみ解するのは誤りであり⁽¹⁾。権利を有すると同時に義務を負う旨を明らかにした民法第 820 条の規定は、他に例のない特異なものである。親権が、未成年子保護についての親の権利義務と目されるに至ったのは比較的新しいことであつて、親子間の法律関係が“家”を中心として規制された時代に於ては、親権も又家の觀念と離れて存在し得るべきものではなく、“家”の制度に適合する様に定められ、且つ、解釈されたものであるということとは言うまでもない。

今、その沿革を簡単に振り返ってみよう⁽²⁾。家長制家族制度のもとにあつては、親も子も共に家族構成の一単位であつて、家長の支配に服しそのもとに統轄されていたのであるから、家長と直接親子関係にたつ者は格別——この場合でも親権というよりは、むしろ家長権の支配とみられる——親と子の間に一般的に親権というものは認められる余地が存在しなかつた。つまり、この時代には家長権の意識のもとに親権は圧迫され、親の権利と家長権との分化が充分でなかつたものと言ひ得よう。

ところが、家長制家族制度を支えている經濟的な基盤がくずればはじめ、同制度が次第に崩壊するにつれて、従来の大家族的な生活集團は徐々に小家族集團に個別化され、それに応じて家長権は漸次後

退し、従来その内容として包含されていた夫の妻に対する権利、即ち夫権と親の子に対する親権が分化独立することとなった。しかし乍ら、家長制家族制度の崩壊に伴って出現した新たな家において、従来の家長権の名残りを拭き去ることができず、家長に代って戸主がその権威のもとに親子共同体を統制し、子は親に服従し、親子関係はあく迄も親を本位とする支配従属の関係として把握され、子は親の利益のために奉仕する存在にすぎないように考えられた。子の親への恭順と服従は、主君への忠義と一脈通ずるものがあり、封建社会の思想的、観念的基礎とされ、所謂親のための親権の時代が続くのである。

ところが、資本主義生産様式が高度化され、社会生活関係が身分法的な連繋から契約法的な連繋へと移行するにつれ、身分的な思考の法則が次第に稀少となり、個人尊重の思想が漸く抬頭すると共に、国家成員としての児童の保護が真剣に考えられる様になった。その結果19世紀後半から20世紀にかけて、児童の利益と権利とを擁護するための親権ということが考えられるに至り、これが我国に於ては、今次大戦後、児童に対する福祉立法と共にとりあげられ、親権法は次第に子の福祉のためにその存在意義をもつという不動の地位を築きあげるに至ったのである⁽³⁾。

従つて、親権者は子の養育に当っては、常に子の利益、幸福のために親権を行使すべき義務を負うもので、現在に於て親権は権利というよりもむしろ義務的性格を多分に帯びるわけであり、子の養育と親権の行使はこれを分離することのできないものであるといわなければならぬ。たしかに吾人の間には、親権者の子女養育の権能は、親子という身分法的なつながりを基礎とするものとの考えが支配的であつてかかる事実を否定することはできないが、一方において、親権が次第に後見法的な観点から把握される様になり⁽⁴⁾、他方児童の福祉が国家の重大な責務と考えられるに至った現代に於ては、もはや身分関係を基礎とする親権ということよりも、むしろ子の福祉のための養育事実に基づく親権ということを考える方が、より子の身上に対する親権の作用を効果的ならしめるのではないかと考えられる。

かかる観点から論ずれば、里親子間に於て現実的な養育事実の存する以上、その間に血縁関係乃至は擬制的血縁関係の存否にかかわらず、親権関係を認めたとしても、それは何ら親権法の本質に背反するものではない許りか、かえつて現実の養育者に対して児童の健全なる養育を義務づけるため、これに必要と認められる範囲の権能を附与することが望ましいのではないかと考えられるのである。

六

そこで次に、もう一度親権についての実定法を振り返り、現行法制上に於て、果して里子に対する里親の身分法上の権能が与えられていないものであるかについて、これを確かめて見よう。

周知の如く、養子制度にあっては未成年養子は、縁組成立の日から実親の親権を離脱して、養親の親権に服することとなり⁽¹⁾、形式的親子関係のみならず、実質的な養子の監護教育もあけて養親の手にゆだねられ、実親と雖も養親の親権行使について容喙することができないのに対して、一方里親については、その根拠法規たる児童福祉法に里親の親権に関する何らの規定も見当らないのであつて、里親と里子との間の養育に関する法律関係乃至は国家的配慮が如何なる程度に考慮されるものであ

るかを窺い知ることはできない⁽²⁾。立法者が如何なる理由で、里親に親権（その一部）を附与しなかったかについてはこれを明確にする資料は有しないが、恐らく私が先に述べた如く、自然的或は擬制的な血縁関係のいずれをも持たない里子委託に於て、身分法的な前提に基き賦与又は賦課された親権内容を附与することは、身分法の原則を打ち破るとのオーソドックスな考えによるものであろうことを推認するに難くない。而して右の点について、示唆となるべきものに、昭和24年7月18日付各都道府県知事宛厚生省児童局長の通知⁽³⁾なるものがある。曰く

「里親に何故親権を附与しないか。里親について親権が問題となるのは、監護教育の権利義務と懲戒権と職業許可権であろうと思うが、監護教育の権利義務については、都道府県知事又は児童相談所長が児童福祉法第27条の規定によって、里親に児童を委託すると、里親は、里親に関する規定に従って当然児童を誠実に監護養育し、学令期の児童の場合には学校に通わせなければならないのであるから、民法にいう監護教育の権利義務を与えるまでもないし、懲戒権については、児童を懲戒場⁽⁴⁾へ入れることができるような権限を里親に与えることは不適当であるが、児童をしつけ等のために叱る等のことは、民法にいう懲戒権がなくても、委託された児童を「誠実に養育」する範囲内においてできることと思う。職業許可権については里親に関する規定により児童が満15才以上になって他人のもとに通って職業につくときは、都道府県知事の許可をうけることになっているので職業許可権は問題とならないと思う。

従って、里親に親権を与えなくても実際にそれほど不都合はないと思う。……………」

右は、全国の各都道府県が里親制度の運用に際して、疑義の生ずることを避けるために発せられた、厚生省児童局の一見解であるがここにいうところの、誠実な養育義務とは一体どういう種類のものであろうか。

右通知によれば、里親は、里親に関する規定に従って当然児童を誠実に監護養育し、学令期の児童の場合には学校に通わせなければならないから、民法に云う監護教育の権利義務を与える必要がないし、委託児童を“誠実に養育”する範囲内で、しつけのために叱責を加えることができると言っているのであるから、右の“誠実に養育”する責務は、民法に規定する親権の一内容たる監護教育の権利義務とは異った観念のものであること疑ない。而して右の“誠実に養育”する責務は、これ又児童福祉法の直接規定するところではなく、昭和23年10月4日付厚生次官発各都道府県知事宛の、里親等家庭養育の運営に関する件の中に指示された“家庭養育運営要綱”の第6の（1）に規定されたものであって、制度の趣旨からみれば極めて妥当な立言であるが、その反面又極めて抽象的かつあいまいであって、右の規定自体からも、それが民法上の監護教育の権利義務と如何なる関係にたつのか明らかではない。しかし結論をいえば、後者が親子の身分関係を基礎とする養育事実に着目した親の子に対する権利義務であるとするならば、前者は委託契約を基礎とした事実上の養育関係に着目した、里親の里子に対する責務と解せられるであろう。（もっとも、厳密に言えば、里親契約は都道府県知事と里親との間に締結されるのであるから⁽⁵⁾、形式的に論ずれば里親の養育義務は、契約の直接的相手方たる都道府県知事に対して生ずるものであるともみられるが、都道府県知事が里子養育委託契約の当事者となるのは、児童福祉法第2条の趣旨に則り、制度の運営を組織的ならしめるためと考え得るので、この場合に財産的な契約関係の如く、対立当事者間に於ける債権債務の関係をもつて委託契約を律することは、委託契約の実質的効果を見誤るものであるし、人間関係に本質的な児童養育の事実を、平面

的な法律関係をもって論ずることは不可能である。しかし乍ら、里子の養育委託は、その基礎を契約におくものであること自体は否定できない。これが子の養育を如何なる程度に、如何なる方面から、法律をもって規定するのが妥当であるかについて困難な問題を生ずるゆえんである。) したがって、前者が確かに多分に契約法的な観点から把握され、事実上の養育関係を発生又は継続させる法律要件の消滅によって、児童を誠実に養育する責務から解放されるのに対し、後者は、仮りに養育事実が存在しなくとも、尚身分法的な関係の存するが故に、法律上の監護教育義務から解放されることがないという点に差異を生ずる。

ところで、里親の里子に対する養育関係についてこれを規制するものは、右要綱の“誠実養育義務”が唯一の手がかりとなるのであるけれども、これは果して実親の親権と如何様な関係にたつものであろうか。そして、里親についてあいまいな“養育義務”を定むるのみで果して制度の目的たる児童保護に充分の効果をもたらすことができるのであろうかという点を次に考察してみたい。

先づ里子にとって 里親と別個に親権者の存在する場合⁽⁶⁾ について検討するに委託をうけた里親が、真実受託児童の福祉のために全力を注ぎ、親権を尚手許に保留している親権者が、里親の養育に異議をさしはさまずこれに満足している間は、殊更あらためて右の問題を論ずる実益はなく、単に親権者のそれは身分法的な、里親のそれは契約法的な養育の責務と論じて事足りるが如くであるけれども、その両者間に一旦何らかの理由乃至原因のもとに激突が生ずれば、両者いづれが優位の地位にたつのであろうか。かかる場合に於て、親権者たる実親は、里親の養育態度を不満とし、児童相談所長に対して里子委託契約の解除、或は委託替（これには旧契約の解除と新契約の締結の両者を包括する。）の請求（この請求については、児童福祉法には何ら定むるところがない。かかる請求をなす親権者は少ないが、右の点につき何らふれるところがないのは立法上の不備であるといひ得よう。将来考慮さるべき問題である。）をなすことができ、この請求をうけた児童相談所長は、一応その実情を調査した上、都道府県知事に対して契約解除の具申をなし、終局的に都道府県知事の名に於て委託契約を解除⁽⁷⁾ し（児童福祉法第27条第6項によれば、児童相談所長は里子委託契約解除の際における都道府県知事の諮問機関の役割を演ずるが如くに解されるが、単にそれのみに止まらず、それが都道府県に直轄される場合には、知事の下部機関として調査機関ともなり、又それが都道府県に直属せず市に所属する場合においては、対立的機関として補助的な作用を営むことは勿論である。）実親と里親の間の衝突を根本的に解決することは可能である。さすれば（委託料支払等に関する法律関係が紛争を招く場合のあることは別として）少くとも児童の保護自体についてのそれ以後の紛争は避け得るであろう。しかし常にかかる正当ではあるが少々煩雑に失する処置がとられるものとは断じ難いし、むしろかかる根本的な解決を必要としない種類の意見の対立も存在する。その種のものは、おおむね児童個人の福祉を共通の目的とするにも拘らず、その目的を全うする手段の如何に異論のある場合が多いであろう。而して又、右の意見の相異は、多くは里親制度の趣旨並びに委託契約の一般的定型的内容⁽⁸⁾、或は契約の附随的内容⁽⁹⁾（実親は委託契約の直接的当事者ではないが、親権者である以上特定の事項を附随的に委託契約の内容として定むることができるのは当然である。）等を参酌して、両

者の間で合理的に調整されることであろうし、又児童相談所の力添えによってでも調整される⁽¹⁰⁾ことが望ましいが、終局的にかかる調整の不能の場合（例えば、里子の進学すべき学校に関して、或は又里子の病気を治療するためこれを入院せしむる病院に関して、両者の間に意見の対立が生じ、遂にこれが一致をみざる場合）いずれの意見をまげて、いずれに従うと解するのが妥当であろうか。

（一）まず第一に 右の様な場合において里親の養育の責務は、無論親権内容の一たる監護権能の行使ではないけれども、里親によって右の責務が遂行される限りに於ては、児童の保護に関する右の所作は、あけてこれを里親にゆだねるべきものとし、その間親権者の監護権能は、これを里親に優先して行使することを得ないと考えることはできないであろうか。

かかる立場は、里子委託契約の成立を前提として、自働的に親権者の監護教育義務が里親に譲り渡され、里親に譲り渡された範囲に於て、親権者は児童に対する身分法的な支配作用を及ぼし得ざるに至るものと考えるか（監護権の失権）もしくは、それが譲渡されない迄も理由はともあれ、一旦直接的な監護の措置を自ら放棄して、これを代人に委ねた以上、その間における親権者の直接的な監護教育の義務（間接的な監護の措置は、児童を里親に委託すること自体によってとられているものと考えられる）はその発動を阻止されると考える（監護権の一時停止）もとにおいてのみ立論し得るのであるけれども、凡そ権利としてのみならず、義務を包含する親権について例えその一部たりと雖も、これを譲り渡すということは、義務の譲渡を含む点に於て難色あるのみならず⁽¹¹⁾、そもそも親権の譲り渡しという観念が認容されるや否やについても甚だ疑問があり、更には、民法第837条⁽¹²⁾の規定の趣旨に徴しても、これを容易に観念することは困難なものといわざるを得ない。又監護権の一時停止についても、確かに両者の紛争を単的に回避し得る技巧的な考察であることは認め得るけれども、右の譲渡の場合と同じく委託契約の存在という事実によって、直ちに親権内容の一部の一時停止という観念を認めることは、その根拠が薄弱であるのみならず、そもそも親権内容の一時停止の観念自体が、義務的な性格を多分に有する身分的な支配権能に妥当するか否かが同様に疑問視されるであろう。

親権が親子という身分法的なつながりを根拠として附与乃至は賦課された一権能であり、親権法の沿革が個人の恣意的な支配権から国家的社会的責務（＝後見的作用）へと進展しつつある現状に於ては⁽¹³⁾、法規に基く特殊な場合に該当するケースを除いては（例えば、親権の喪失⁽¹⁴⁾）、親権の移譲又は停止の観念の拡大的見解を採ることはこれを避けなければならないものと思われる。

その上、里親に課せられた誠実な養育の責務は前記要綱の規定からみれば、単に義務的側面を強調したものであって、これに対応する権利の面からは何らふれるところがないから（この点、権利義務の両面から規定される親権者の監護権とは異なる）、単に義務のみを負担するにすぎない里親が権利をも有する親権者に対し、監護の点に於て優越性を主張するということは、解釈上これを認めることは出来ないであろう。

従って、右の見解は結局これを肯認するに躊躇せざるを得ないものといわなければならない。

（二）それでは次に 児童が里親に委託された場合、里親の“誠実な養育”の責務と親権者の監護権能は双方併存するが、親権優位の建前上親権者の意見をもって里親のそれに優越すると解することは

どうであろうか。

この見解に於ては、実親即ち親権者の監護権能は里子委託契約の成立又はその存続という一事によって、その効用を停止又は喪失することがないと言う解釈をとることに於て、第一の見解の不都合をカバーしていると同時に、親権の作用は単に養育事実の存否如何にかかわらず、親子という身分法的な牽聯の存する限り（そして又、国家権力の介入によって親権の帰属に変更を命ぜられていない限り⁽¹⁵⁾）これを發揮することができ、他の何人によってもこれを妨害されることがないという点に於て、現行民法の想定する親権の規定に最も忠実な解釈ということがいい得ると思う。而して、仮りに親権者が実子を里親に委託したとしても、自己の有した固有の親権（従ってその一内容たる監護権は勿論）を里親の意思如何にかかわらず主張できる ということは、恰も財産法的分野における物権の追求的作用⁽¹⁶⁾にも類似し、その絶体性を誇示するものであって、右の結果は、里子委託契約の締結をも尚監護権発動の一態様であり、その監視は正は勿論、契約の廃棄までも実親の手に掌握されると考え、畢竟里親は、極端に言えば実親の手足となって、事実上実親の監護権の行使を補助するものであるとの説⁽¹⁷⁾から考えれば、当然の帰結であるかもしれないし、私も又現行民法の親権規定並びに、児童福祉法の規定（前者は身分的側面における支配作用が強度であり、後者はあまりにも里親の権利義務に無関心である。）に徴すれば、かかる解釈をとらざるを得ないものと考えたのではあるけれども、かかる見解については尚大なる疑問を呈せざるを得ないものである。

即ち、まづ第一に、右の様な里親の地位の不安定性が里親制度の存亡に及ぼす影響如何ということがあげられよう。そもそも里親は、実親に代って不遇児童を保護することが窮極の目的である以上、児童の保護については時と処にふさわしい方法を立案し且つ実行する丈の意欲と能力を要求されるのであるけれども⁽¹⁸⁾、このことは又逆に、右の要件に合致する里親に対しては自己の自覚と責任とに於て、児童の保護を行わせるということではなければならないのであって、かかる厳格な要件を充足するところの里親が、尚里子の養育について実親——親権者の命ずるところに従ってのみ児童の保護を司るにすぎないというのみでは里親に右の様な厳格なる 要件を要求する 意味は少なからず減少するし、事実的な補助という様な極端な、而も、養育事実には親しみをもたない観念を容認することは兎も角として、里子の養育につき、あらゆる場合に実親に優位性を附与することになれば、里親の保護意欲の強弱も自ら異ってくることは否定できない。而して仮りに、親権の作用があたかも物権の追求作用と類似する絶体的な身分的支配作用を保有することを承認しても、それは、里親委託契約を発生させ、存続させ、そして又消滅させるという場合に於けるが如く、実親、里親、里子間の権利関係の根本的な変動を招く際に於てのみこれを重視し、その反面、直接的な養育の施行途上に於ける個々の具体的問題については、これを省みず、従ってその結果仮に養育上の個々の問題については親権者の意見を遮断したとしても、養育委託関係発生の基礎に於て親権者の意思を介入させ、右事実が親権者の意思に合致する限り、それはあながち親権の支配作用を著しく滅却すると云う程のこともなからうかと考えられる⁽¹⁹⁾。而して、もし里親があくまで右の様に親権者に代って子の事実的養育を司る、という地位に甘んじなければならぬことが確定される ことになるならば、里親制度の目的から考えて、到底その飛躍的發展は望み得べくもないことを覚悟しなければならないであろう。

次に第二の疑問は、児童養育という実質面から検討してみても、児童保護の充全の遂行は、現に児童を自己の支配圏内に留め置き、これと起臥寝食を共にしている者にして初めて可能なことは自明の理であって⁽²⁰⁾、日々児童が如何様な生活を過し、如何様な希望を抱き社会に対して如何様に観念しているか等を抽象的に、そして又具体的に観察し、その内面的な気質、思考傾向等を知悉すればこそ、その環境条件に適応した適宜の処置も講ずることができるものであるものにも拘らず、一旦児童の直接的保護を断念した結果、現に児童の心理的肉体的発展を詳細に知悉し得ず、従って又その健全な保護育成のために、如何なる監護を加えることが最も妥当であるかを知る余地のない者に対し、尚その最終的対策の決定権を握持せしめることは、それが例え身分的な結合という観念に由来しているものとしても、決して合理的な考えということができないのみならず、前にもふれた如く、養親子関係と比較して可成りの程度稀少と考えられる処の里親子間の家族成員の一体感情が、里親を実親の子に対する保護代行者と考えることにより、結果的には益々稀少化の傾向をたどり、真に愛情を基調とした里親の里子に対する養育関係が残酷にも阻害される結果となるおそれがあり、法によって維持されるべき制度が、皮肉にも法に導かれて崩壊することにもなりかねない点を注視しなければならないということである。我々はここであらためて俗にいわれる“生みの親より育ての親”という古語を想起する必要があるのではなからうか。最近問題となった“マリアンヌ事件⁽²¹⁾”において、法律적인見解からは後見人に子供を引渡さなければならないという結論を承認し乍らも尚且その結論が多数の人々の共鳴を得られなかったこと⁽²²⁾も、現在の健全な家庭関係とその養育事実を、殊更法によって破壊されることに何か不合理なものを感じることに理由があったものと考えられる。

そこで、これらの疑問を解消し、里親制度を一層効果的ならしめるためには、里親の里子に対する権能を如何に把握するのがもっともよいか、ということが次に省みられなければならないが、右に述べたところから考えてみるならば、実親と里親の児童に対する監護の関係については、里親の現実的養育事実に着眼し、里親がその責任において里子の監護をなしている限りにおいて、親権者の監護権は里親に劣後するものと解するならば、如上の疑問を解決することができるのではないと思われる。

この立論は、結果的には第一の立場と同一であるけれども、親権者そのものも監護権を保持し、その機能を發揮しうる（ただ里親と意見の衝突ある場合は、自己の権能をもって相手方のそれに優越せしめられないのみ）点に於て、観念的には第一の立場における監護権の失権又は一時的機能停止と異なるものであって、里親制度の効用を一層強大ならしめ、制度の実存的意義を昂揚するために、かく考えることが最もまさっているといえるであろう。もっとも、現在の民法並びに児童福祉法のもとに於て、解釈法学の領域を逸脱することなく右の見解を採り得るかということになれば、これを否定せざるを得ないものであって、かかる見解は将来何らかの形に於て、里親に対し実親の監護権にまさる権能を法によって附与されることが前提となるから、今後における法規定改廃変更の一示唆にすぎないかもしれないが、財産的法律行為或は法律関係の解釈を、個々の法規定の緻密な解釈に立脚して行う様な場合は格別、一方に於て現社会に目的を伴い生々として実存する社会的制度のより理想的な形態を想定し、而も他方に於て、客観的な解釈に限界を劃する法規定への忠実性を要求される様な場合にあっては、前者（理想形態の想定）が、その目的に誘導されるところの流動的・発展的な傾向を帯

びるのに対し、後者（法触積の限界）は、それが固定的・不動的であることの故に、常に解釈法的な態度を遵守することは不可能でもあり、逆説的に言えば、それを踏破することによってのみ制度の蒸溜作用が行われ、より一層合目的的に浄化された法規の再生が可能となり、その結果理想と現実との乖離を妨ぎ得るものであることを強調したい⁽²³⁾。

而して、今将来の指針として 右の様な見解に移行し得ることが可能である根拠を、実定法の中に求めてみよう。

児童福祉法第47条の第2項がこれである⁽²⁴⁾。同規定による児童福祉施設の長の監護・教育・懲戒の措置は、親権者の容喙を許すものではなく、これに優位することは疑いないが⁽²⁵⁾、かかる規定は、親権者に代って児童を現に保護する者に対し、保護の効果を一層拡大且充実するために設けられたことを考えるならば、あながち里親の場合にのみ、親権者に優越する監護教育権を附与するに値しない、ということも云い切れぬのではないかと考えられるのである。しかし乍ら、この見解については、次の様な疑問も提出されることであろう。即ち、里子委託契約の形式的な当事者ではないとしても、実質上その意思に反して契約を締結することは不可能であり、且つ又契約の消滅を招来することのできる地位にある親権者が、里子委託中に於て、自己の監護権をもって里親のそれに対抗できないということは、如何にも珍奇な理論であるということ、並びに、仮りに里親の監護権に優位性を認めるとしても、これを不服とする親権者が、事毎に里子委託契約を解消するの挙に出でるならば、却って里親制度の目的は紛碎され、崩壊せざるを得ないことに帰するのではないかということである。成程、これらの疑問は、もっともであるかもしれない。契約の成立及び解消権を把握するところの親権者たる実親が、里子委託中は里親に対し自己の監護権をもって対抗できないということは、一見奇妙な理論の様に思われるが、我々の周辺にはかかる事例はかなり多く存在するのではないかと考えられる。一例をあげてみよう。

自己の所有物を他人に賃貸した場合においても、自己はあくまで所有者として、又賃貸契約の当事者としてその物を処分し、又は契約の解除をなすことができる。即ち、この場合自己は、一面その物自体の帰属関係に影響を及ぼすこともできるし、他面賃貸契約を解消（もっとも一方的な意思によって解消し得るがためには、それに必要な前提条件⁽²⁶⁾を要する）することも可能である。しかしながら、賃借人の、その物に対する事実的な支配作用を妨害することができないのはいうまでもない。これはつまり所有権の内容たる、処分権能と、使用権能との分離といわれる作用であるが⁽²⁷⁾、所有者たりといえども、賃借人の賃借物に対する支配状態（契約に違反するが如き支配は別として）に容喙できないことについては、何人もこれを奇妙な理論と思わないのであって（むしろ当然の理論であろう）、要は右の様な法律関係が、所有者の真の意思によって発生せしめられた限りに於ては、所有者の受ける制約は、何ら怪しむに足りないことであろう。里子委託は、勿論所有物の賃貸と同一に論ずることは不可能であろうが、ここで重要なことは、里子委託契約の成立が、親権者の真意に反せずしてなされた場合に於ては、親権者たりといえども、或る程度の制約を附与されたとしても、さほど理解に困難なこともと思われず、ましてやその制約が、児童保護の窮極の目的に合致するものであれ

ば、一層その首肯を容易ならしめることができるのではないかということである。したがって、問題はむしろ、右にさしはさまれた疑問中後者の場合、即ち親権者による恣意的な契約解除の点にあるであろう。如何に里親が制度本来の目的に合致した里子保護の意思を有していたとしても、親権者が児童保護の理念を全く忘却し、又は忘却しない迄もこれを誤り、恣意的に委託契約を解消し、その結果児童の健全な育成を阻害する事態に陥ることについては、当然配慮するところを要するものといわなければならない。

勿論、従来も親権者に於て、里子委託契約解消の申出をなした場合、児童相談所は事案の調査に当たっているであろうが⁽²⁸⁾、かかる場合に於て、かりに契約の解消が児童の保護を著しく阻害し、親権者の親権濫用であることを諒知したとしても（親権の剥奪等がない限り）児童相談所としては、委託契約関係について、親権者の意思に反する処置をとり得ないのであるから、監督機関としての十全の役割を演じていたとはいえない⁽²⁹⁾。

したがって、さきにのべた見解をとる以上、右の様な場合に、親権者の無謀な濫用ともいうべき権利行使を抑制するため、今後は関係機関の整備・強化対策を併せて考慮する必要があるものと考えられる。而して、右の如き機関の整備・強化が実現されるならば、それは単に親権者の権利濫用の抑制にのみ意味をもつものではなく、制度本来の目的を逸脱せんと試みる不心得な里親の発見指導にも役立ち、ひいては制度の内容を一層充実し得ることに寄与するであろう。かくて、里親制度の発展が十分に期待され得るものといわなければならない。従って、将来里子に対する里親の権能、実親の権能との相互関係並びに実親・里親間の調整とその指導等について、右の如き考慮がなされなければならないものと考えられる。

七

右にのべたところは、里子に親権者の存在することが前提となっているのであるが、里子養育の現状を注視すると、委託された里子に親権者の存しない場合も可成りある様である⁽¹⁾。この様な場合に於ても、それに後見人の選定がなされている場合⁽²⁾には、親権者の存する場合について述べた右の説明が当てはまるであろう。しかし、後見人も未選定の場合には、民法上里子の監護義務者は不存在という他はないから（児童福祉法第33条の6の規定は、あまり活用されていないとのことである。その理由は、相談所は児童を施設に収容するから、同法第47条第1項によって施設の長が親権代行者となるので、後見人選任の必要がないものと解せられるからであろう。しかし、施設の長の親権代行は、児童が施設に入所中たることを要するから、ここから里子として里親に委託された場合にあっては、もはや親権代行者たり得ず、児童には親権者・後見人を欠くこととなる。もっとも里親が後見人に選任されることは一向差支えないであろうし、むしろかかることが望ましい。）さきにのべた様な里親と親権者との衝突は考えられないが、里親に里子に関する、より強固な権能を附与する見地から云えば、その効果は親権者、後見人の有無にかかわらないのであるから、この場合に於ても、勿論里親が固有の里子保護権能（義務も含めて）を取得するに至り、従って、仮りに後見人選任の手続を経なくとも、里親自身が名実共に児童保護の権利者であり、同時に義務者（但し、後に述べる様に財産管理

の点は除かれる) となって⁽³⁾、制度に応しい実効性を挙げることができると共に、少なくとも親権者及び後見人が存在せず、而も児童を現に保護している里親自身ですらも、その解釈に困惑する“誠実養育義務”という、あいまいな言葉で表現される(前記運営要綱第6の(1))責務を負うにとどまるといふ、不完全な事態を避けることができるであろう。而して、この場合に於ては、親権者が存在しないのであるから、里親に対する指導監督は、さきにのべた様な関係機関によって一層強化され、名を美名にかりた制度濫用の悪弊が、充分に監視されなければならないことは疑うべくもない。かくてこそ、児童保護制度としての里親制度は、その特有の使命を果すことができることであろう。

従って、実親の有無にかかわらず、里親制度の発展を促すためには、将来右にのべた様な立場をとり入れることが必要であって、これを繰返して言うなれば、今後まず第一に、公的委託契約に基く継続的な里親に対して、立法的措置を講じて親権内容の一部を附与してはどうかということ、第二に、そのことから生ずる実親・里親・里子の各相互関係の監督調整を図り、契約の成立にはじまって、児童保護の窮極の目的を達成するに至るまで、制度の運営を効果的ならしむための関係機関の整備充足を図ることにあるということが重点となろう。

八

そこで、最後に以上述べた里親制度の効果をより一層強化拡大させるために要求される二つの指導的原理について、直ちに想起される若干の問題について考察してみたい。

まず、第一の指導原理である里親の保護権能の拡大については、これに附与する権能の範囲をいかに定めるのが最も妥当であるかということである。

この点については、たやすくこれを決めることは困難で、実証的見地からも十分に討議されねばならないといわざるを得ないが私見によれば抽象的には、児童を現実かつ直接に保護するために必要とせられる範囲ということになり、具体的には監護教育権能⁽¹⁾、居所指定権能⁽²⁾、徴戒権能⁽³⁾がこれに該当すると考える。

さきには、監護権のみについて論じたが、里親委託の場合教育権能は監護権能とこれを分けて考慮することはできないし、居所の指定は、里親にとって児童の監護をなす前提条件にあたるから、尚更里親に右の権能を与えることが望まれる。而して、徴戒権については、前記局長通達によれば、児童を徴戒場へ入れることができるような権限を、里親に与えることは不適當であると述べているが、現在に於ては、右の徴戒場に入れる規定は死文であって、徴戒場なるものは不存在であり、実際問題としては、児童福祉法又は少年法による通告の手续をとることになるのであろうが、いずれの場合であっても、児童相談所、福祉事務所又は家庭裁判所に於て、要保護児童の措置について考慮されるわけであるから、里親に徴戒権を与えたとしても、右通達にいうような“不適當”ということは、さほど恐るるに足りないものと考えられる。これに反して、職業許可権については里親に関する規定により、児童が満15才以上になって、他人の許に通って職業につくときは、都道府県知事の許可を受けることになっている⁽⁴⁾から、この権能を与える必要はないし、又里親に親権内容の一部を附与したとしても、実親は里親に附与された部分的権能を現実に行使し得ないという制約を受けるにとどまり、実

親たるの地位を失うわけではなく、一方里親に親権内容の一部が附与されるのは、委託契約による児童保護の効果を充実せしめるためであって、これを委託契約自体の破壊、消滅という方向に利用することは出来ないから、養子縁組の代諾は勿論実親の手中におさめられることとなり、里親の容喙を許すべきものではない。而して又、財産管理権については、それが里子養育上間接的には、養育事実と関連あること疑いないが、現実かつ直接的な養育にあたって、かかる権能を附与することは必須とはいえないから、これを与えなくともよいものと思われる。更に、かかる親権内容の一部を附与された里親の地位を何と呼ぶか。例えば、二次的親権者、代行的親権者、監護後見者等々は形式的末梢なことであって、里親に附与される親権内容の検討とは、当然別個の問題であることは云うまでもない。従って現実の範囲としては、右にのべた監護教育権能、居所指定権能、懲戒権能に限定することが最も妥当であろう。

次に忘れてはならない重要な問題は、親権に服する未成年者とは、20才未満のものである⁽⁵⁾のに対し、児童福祉法にいわれるところの児童とは18才未満の者⁽⁶⁾となっており、両者の間に二年のひらきが存するということである。従って仮に、里親に対し右の様な権能を附与したとしても、里子が18才を超過すれば里親の権能は自動的に消滅し、20才までは実親の親権に服するということになれば、さきにのべた理論はその統一性を欠くのみならず、手続面に於ても非常に煩瑣を極め、監督機関の機能的効果を減殺する結果に陥ることは必定である。したがって、立法的解決にあたっては、この点の調整も充分考慮されなければならない⁽⁷⁾。而して、冒頭に於ても述べた様に、右の如き権能を附与する対象となる里親とは、いわゆる公的委託に基く長期里親に限定されるものであって、昼間里親⁽⁸⁾、短期里親、並びに私人間における養育委託（この場合は、児童福祉法第30条所定の同居児童の届出等、特に法規によって定められたこと以外に、監督機関の指導監督を受ける必要がない）は除外されることも又忘れてはならない。

次に、第二の指導原理については、監督機関の強化が或程度親の権利関係について、影響を及ぼすことが予想されるから（児童保護の意欲も能力もない実親が、児童福祉の理念に反し、自己の利益追求のため、児童を犠牲にして委託契約の解消を主張し、これが監督機関によって不当と判定される様な場合）自然法的な固有の権能⁽⁹⁾と解せられる親の子女養育権能を、阻害するのではないかということも考え得るけれども、親の子に対する生育の過程が自然的な途をたどらず、理由はともあれ、人為的な方法によって異った過程をたどる場合に於ては、右の様な国家機関による介入を許容したとしても、一概にこれを非難することは当を得ていないし、児童の保護育成が、も早や、国家社会の責務であると観念される現時に於ては⁽¹⁰⁾、むしろ右の様な場合には、児童保護の目的のもとに、国家意思が個人間の関係を調整することが必要なのではないかと考えられる。しかし、確かに右の監督機関が、個人の権利関係に影響を及ぼすことが予想される以上、如何なる機関をしてかかる作用を掌握させるかということは、慎重に考慮されなければならないことはいうまでもない⁽¹¹⁾。私見によれば、将来は児童相談所にかえて、家庭裁判所がこれを担当することが妥当のではないかと考えるのである。そうすれば、事実の調査に当つて、家庭裁判所の調査官制度を充分に發揮することができるであろうし、里子から養子への移行、或は又里子の実親についての失踪宣告等里子にまつわる諸々の問題

も、統一的に又有機的に解決することが可能となるであろう。もっとも、この点については、未だ試論の段階をいでないものであることを附言しておく。

九

以上で、現行法制度のもとにおける里親の里子保護権能が如何様に考えられているか、そして又、将来は如何様にこれを考えるべきかをのべて来たが、我国に於ける里親制度はまだまだ初期的な段階をいつるものではなく、これが児童保護についてどの様な効果を發揮するかは、一に今後の制度の運用にかかっているものといわなければならない。

而して、そのためには理論的には勿論、実証的な見地からも、たえず批判と努力がなされなければならない（かかる意味に於て、前記局長通達が里親の親権については、“この問題については将来も研究を重ねてゆくつもりであることを念のために申し添える”。といっていることは誠によろこばしい。）子女養育の事実的慣行が法制化されて、既に10年を経過した今日、我々は制度に対するマンネリズム的な考えを極力おそれることを最後につけ加えておく次第である。

文 献 及 び 註

—

- (1) 青山道夫：“養子”，法学理論篇49頁以下
- (2) 田中秀和：“比較養子論”
- (3) 東京都民生局編：“里子の研究”，12—60頁
- (4) この弊害については枚挙にいとまがない。上掲資料中にも、その具体的例として、チャールスディッケンズが、1830年にその小説の中で、私人委託による弊害をとりあげたことを示している。
我国の場合も川島武宜：“日本社会の家族的構成”，27—53頁および本庄しげ子：“人身売買”等に詳細な例がある。
- (5) 1945年世界人権宣言はその頂点である。
- (6) イギリスに於てはChildren's Act制定の前に、養育に無頓着な里親から、保護児童が有害な取扱をうけない様にするため、1872年幼者生命保護法を發布し、1897年に改正したが、脱法を試みるものが多く、実際にその適用をうけるものは6分の1にすぎなかった。
- (7) ドイツに於ては、これ以前の1908年ウエルテムベルヒ王国に養児保護に関する法律が發布され、又19世紀の初期からLeipzig市に於て、私生児保護の制度が設けられていた。
- (8) このSocial Security Act, (1935)は、1930年の米国における大不況を契機として連邦より各州に対して与えられた補助金交付を統轄する全国的法規であって、母子年金、寡婦年金、児童手当等の規定を含んでいたが、かかる全国的統一法規制定以前に各州に於て、児童ホーム、家庭委託等の公的救助が存在していた。
- (9) 高田浩運「児童福祉法の解説」9—15頁にこの経緯が詳しい。
- (10) Michael Schapiro: “A Study of Adoption Practice”, p. 9; 中川善之助：“民法”，Ⅲ(岩波書店) 106頁以下。なお同教授：“養子制度論”(“家族制度全集”史論篇Ⅲ146頁以下)及び“養子制度”，

“日本の家族制度”参照。同教授は“家のため”の養子法と，“人のため”の養子法に分け，さらに後者を“親のため”の養子法と“子のため”の養子法に分類されている。

- (11) 青山道夫：“養子”，41～42頁
- (12) ドイツに於ては，早くから里親制度に関心をもち，ナチ政権下に於て，私生子問題を解決するため，私生子法とは別個に民法上の制度として，その第四篇第二章第九節に“里子”の一節を設けている。従って，形式的法源の如何は，立法に際する技術上の問題であって本質的なものではないことは当然であろう。
- (13) 青山前掲7頁
- (14) “Report of The Care of Children Committee”, 1946, pp. 178—180; “Social Work Year Book”, 1954, pp. 225-226; W.C.Hall: “The Law of Adoption and Guardianship of Infants”, 1928, p. 6
- (15) わが国の養子制度に於ては，単に未成年養子のみでなく，成年養子をも認めているので，養子制度を里親制度と比較する際においては，本来成年養子との関係についても，論及する必要があるかもしれないが，養子のための養子といわれるのは，むしろ未成年養子の場合にこそ，大なる問題があるのであって，既に，法律行為能力を有し，独立し得る可能性を帯びる成年養子の場合に於ては，問題は比較的容易となるので，本文に於ては特に未成年養子の場合に限定して論をすすめることにする。

二

- (1) Sir Henry Maine: “Ancient Law”, p. 31
- (2) 中川善之助：“民法大要”，108頁
 青山道夫：“養子”，107頁
 穂積重遠：“米國養子法”，法曹時報，3巻，3号，1頁以下。
 // ：“アメリカ養子縁組法の本質”，判例タイムス，7号，38頁以下。
 青山道夫：“養子法の近代的性格”，（家族史の諸問題），124頁
 中川善之助：“フランス新養子法の近代色”，法学新報，40巻，4号，14頁以下。
 穂積重遠：“英露における養子制度の採用と復活”，法学協会雑誌，46巻，12号，15頁
- (3) Rivers: “History of Melanesian Society”, p. 138; Kohler: “Studien über die künstliche Verwandtschaft,” s. 415
- (4) 青山道夫：“養子”，18頁
 原田慶吉：“楔形文字法の研究”，209頁
 山島正男：“養子制度に関する一考察”，200頁以下。
- (5) 中川善之助：“養子制度の発端と推移”，（民族），3巻，6号，7～15頁
- (6) “ロシア共和国親族法の改正”，法曹会雑誌，第5巻上，116頁
 B. Meissner: “Bieträge zum altbabylonischen privatrecht”, s. 16, 151
- (7) 青山道夫：“養子”，14頁
- (8) 山島正男：“養子制度”，（家族問題と家族法Ⅳ），257頁
- (9) Bruner: “Deutsche Rechtsgeschichte”, s. 131; Morgan: “Ancient Society”, p. 81
- (10) 山島正男：“養子制度”，265頁

- (11) 青山道夫：“養子”，55頁
- (12) 同 上
- (13) 米栖三郎：“養子制度に関する二、三の問題について”，（家族法の諸問題），247頁
- (14) 同 上
- (15) 山島：前掲269頁
- (16) 本来的養子制度に濫用はないといわれるのも，蓋しかかる理由による。
- (17) この経緯については，山島：前掲書273頁以下，および青山道夫：“養子”，26～48頁；穂積重遠：“米國養子法”，法曹時報，3巻，3号；前掲“英露における養子制度の採用と復活”
中川善之助：“フランス新養子法の近代色”，法学新報，40巻，4号
中川高男：“ソビエト養子法概説”，金沢大学法文学部論集，法経篇，第3巻等に詳しい。
- (18) 山島正男：“養子制度”，270頁以下
中川善之助：“フランスにおける養子法の変遷”，法律新報，40巻，18頁以下
- (19) 山島：前掲書，270頁
- (20) United Nations：“Comparative Analysis of Adoption Laws”，p. 4
- (21) “The Adoption Act”，（1950）参照
- (22) “Kodex der Gesetze über Ehe, Familien-und Vormundschaft Vom Jahre 1926”
Pergament：“Soajetisches Zivilrecht”，BdII，1953. および *Kodeks Zakonov o brake : semje i opeke, R.S.F.S.R.*，1954 参照，
- (23) “Act of 19 June, 1923” 参照
- (24) “Adoption Act in 1923” 参照
- (25) アメリカに於ては未だ統一法は存在しないが，イギリスの1926年養子法の影響をうけ，各州の養子法が大體性格を同じくする。而して養子となる者は，“児童”，“未成年者”，“未成年児童”とされるのが大多数である。
- (26) 欧米諸国においては年長養子はむしろ例外的なものとして取扱われ，諸文献中にも節を改らためて“Older Adoption”，“Adopting the Older Child”として論議の中心となっている。
L. Raymond：“Adoption and After”，pp. 123—150; Ernest and Frances Cady：“How to Adopt a child”，p. 85 その他枚挙にいとまがない。
- (27) 妥協的性格についての論議は，
青山道夫：“養子”，104頁
中田薫：“民法改正と家族制度”，法律新報，741号，3～4頁
中川善之助：“新民法と法制史”，746号 によってなされている。

三

- (1) この実証的な研究は，後日の組織的且広範囲な調査にまたねばならないが，我が国においてこれ迄にあらわされた部分的なものとしては養子に関するものとしては，金田宇佐夫：“養子縁組許可後の実態”，家庭裁判所月報12号（昭和26年）30頁。青山道夫：“養子”，107～115頁および山主政幸：“養主制度の社会的機能”，司法研修所記念論文集，（上），334—335頁。里子に関するものとして，

東京都民生局編：“里子の研究”があるのみである。

- (2) 高田浩運：“児童福祉法の解説”，185頁
- (3) 中川善之助：“民法大要”，111頁
- (4) 民法第792条及び第793条
- (5) 民法第798条
- (6) 1926年のイギリス法およびソビエト法は，未成年養子以外は認めず，養子縁組における契約的性格を廃棄して，この制度が不遇児のための保護手段であることを強調している。
W.C. Hall：“The Law of Adoption and Guardianship of Infants”，1928, p.6
Grazhdanskiy kodeks R.S.F.S.R. 1954.
Gsovski：“Soviet Civil Law”，1948；*Juridichskij slovarj*, 1956
コペリヤンスカヤ：“社会主義の国の母と子”，内海周平訳，82—89頁
M. Kornitzer：“Child Adoption in the Modern World”，pp. 246—332
なお，更にカナダのケベック洲法は，私生子，孤児，棄児等のみを養子となり得る要件に入れている。
詳しくは山畠正男：“養子制度”，278頁以下および M. Kopnitzer：“Child Adoption in the Modern World”，p. 271以下参照。
- (7) 来栖三郎：“養子制度に関する二三の問題について”，（家族法の諸問題），266頁
- (8) 民法第897条
- (9) 青山道夫：“養子”，95頁
中川高男：“ソビエト養子法概説”，62頁
- (10) 我国において，養子縁組を前提とする 里子受託希望者がいちじるしく多いという統計資料をみても明らかである。29年度厚生省児童局編：“里親制度の実態”は，この申込動機を詳しく分類している。
“養子をえたいから”というものは，11.2%（全国平均）である。
大阪市においては昭和33年9月末における未委託里親74名のうち63名までが“養子をえたいから”という申込動機である。
- (11) 近代養子制度の本質を如何に把握するかということは，極めて困難であるが，その基本的要素として
①縁組の要件に於て対象者を未成年子とし，特に孤児，私生児等を含む不遇児童に特別の配慮を払うこと；及び縁組の動機，養育過程に於て対象者の福祉を目的とするところの家族法上の効果を付与する社会的保障制度であることを要し，②その効果に於て，嫡出効果の拡大，完全養子 *Adoptio Plena* への復帰（完全養子形態についての近代性については現在論議がなされている）③その成立に際する公的機関の干渉などがあげられる。
詳しくは，前掲山畠正男：“養子制度”および
Ancel：“L'adoption dans les législations modernes”，pp. 73—74
- (12) 本庄しげ子：“人身売買”，その他映画，週刊雑誌にいたるまでこの問題をとりあげた。
- (13) 各国の里親制度が，法的に取扱われる様になった年次をあげると次の如くである。
アメリカ 1935年 各州についてはもっと早期に法制化されている。
イギリス 1907年 *Children's Act*
ドイツ 1922年 *Reichs Jugendwohlfahrtsgesetz*
フランス 1874年 ルーセル法（乳児保護法）

ソビエト 1943年 The R. S. F. S. R. Law on Patronage, Guardianship, and Adoption of Children
Who Have Lost Their Parents.

デンマーク 1888年 救貧法

スエーデン 1920年 養児保護法

フランス・スエーデン・デンマーク等については、前掲“里子の研究”より引用。

- (14) 児童福祉法第47条、第33条の5、同6、同7等。
- (15) 民法第809条及び第810条
- (16) 民法第802条～第808条
- (17) 谷口知平：“親子法の研究”，80頁
- (18) 実証的研究結果はもたないが、今後の課題として残されている。
- (19) 養子に対し、その養親との関係において如何なる親族効果を附与するかについては、一定の法則があるわけではなく、各国各時代に於て異なるが、第一に当該社会が養子制度に期待するところの目的如何、第二に実子の地位如何、第三に養親子関係と実親子関係の規整を如何にするかということを考慮して決定づけられる。而して近代養子制度に於ては、その効果を如何に定めるのが妥当であるかについては註11参照
- (20) これは我国の場合は、里子制度と養子制度の混交状態としての 前提的試験期間である。イギリスにおいては、一定期間の試験期間 probational period, 試験同居 trial residence としてみられ、1943年養子法 The Adoption of Children Act 以来、全ての養子決定の必要条件としている。
M. Kornitzer: “Child Adoption in the Modern World”, pp. 109—120
- (21) 大阪市立児童相談所取扱ケース 160件のうち、里子委託から養子縁組に移行した縁組成立ケースは15件である。
- (22) 高田浩運：“児童福祉法の解説”，185～187頁
- (23) 1950年イギリス養子法 The Adoption Act にいう Adoption Society は、公的認可を得た養子縁組斡旋機関として有名である。この Adoption Society については次の文献に詳しい。
E&F. Cady: “How to Adopt a Child”, p. 108.
F. Lockridge: “Adopting a Child”, pp. 20—22
M. Kornitzer: “Child Adoption in the Modern World”, p. 60
M. Schapiro: “A Study of Adoption Practice”, Vol. I—Adoption Agencies and the Children they Serve, pp. 28—38
なお Z. Felten: “The Use of Adoption Resource Exchanges”, (Child Welfare, June, 1958) も Agency の機能について詳しい。
- (24) “里親家庭運営要綱”第一章第8および第二章第1においてこれを定める。即ち“里親が現に養育している児童を養子縁組を希望する場合は、児童相談所長は、事情を十分調査した上で之をまとめる様努めなければならない”と規定すると共に、ひろく一般の養子縁組について、児童相談所の活用せらるべき事をのべ、続いてその場合の手続を規定している。民法の養子縁組を否定するものではなく、“それが適正円滑に行われることを企図するものであって、むしろその補完作用をなすものであるといえよう。今迄自己の子を養子に出そうと思っている者、又は児童を養子にせんとする者の多くが適当な機関がない為、その相手を見出すことに幾多の困難、不便と危険を経験して来た実情に鑑み、本

要綱は之等の人々の為に児童相談所が中に立って適当な斡旋をなす事にした。従って之等の人々が児童相談所に相談に来る様一般の啓発につとめること」と述べ、養子縁組における児童相談所の役割を明らかにしている。

- (25) “里親家庭運営要綱”，第2章，第1，第2，第3，第4。

四

- (1) スエーデン国籍のマリアンス“幼児引渡請求事件”（横浜地方裁判所昭和31年12月5日判決）も，法的に認められていない養親が，後見人に敗訴したケースである。
- (2) 里子においても扶養請求権の与えられていたと解釈される見解がある。中川高男：“ソビエト養子法概説”，66頁および68頁“18年法以前になされた養子，里子およびそれらの直系尊属は，……養親に対して血族と同一地位と看做され，右場合につき扶養請求権者となり得る”
なお“司法資料”，第132号215頁以下および V. I. Sererrovskij：“Ocherki Sovetskogo naledstvennogo prava”（1953），参照。
- (3) さきに本文中にもあげた如く，里子引渡請求等に関連して，児童の福祉という見地からみて，明らかにのぞましくない弊害がおこりつつあるが，その確かな数字をつかみ得ないのは残念である。
- (4) 親子関係を監護養育の事実にあるものとする進歩的な見解として，次のものをあげることができる。
山本正憲：“精神養子について”，岡山大学法経学会雑誌18号48頁“血のミトスからの親子関係の解放，其所に近代的親子法の新たな進路が見出される……近代的親子関係のメルクマールは……親子関係設定の意思及びそれに基く養育，監護の事実である……”
又同様な見解として新明正道：“血縁論”，（家族制度全集史論篇Ⅲ親子），8頁
Mc Dougall：“Social psychology”，p. 66, 165, 265.
- (5) United Nations (1956)：“Comparative Analysis of Adoption Laws”
M. Schapiro：“A Study of Adoption Practice”，(1956)
M. Kornitzer：“Child Adoption in the Modern World”，(1952)
E. Gallagher：“The Adopted Child”，(1936)
青山道夫：“養子”，（法学理論篇）
- (6) ここでは児童福祉法を意味する。

五

- (1) 立石芳校：“親権・後見”，法学セミナー，1957年2号，17頁
- (2) この点については以下の著書に詳しい。
我妻栄：“民法大意”，下巻，498頁—503頁；於保不二雄：“親子”，（近代家族法の基礎理論）法学理論篇，81頁；谷口知平：“親権・後見”，（家族問題と家族法Ⅳ）292頁—293頁；川島武宣：“日本社会の家族的構成”，57頁—186頁；オット・マイナー：“ベルリン州・児童福祉行政”（大阪市青少年問題協議会編）18頁以下；コベリヤンスカヤ：“社会主義の国の母と子”，内海周平訳，28頁以下
- (3) 新民法が，旧来の家族制度を一掃して親族法を民主化したとはいえ，未だ家族制度的思想を容れている妥協的な性格を有するものであるとの説も存在する。谷口知平“親子法の研究”，136頁以下参照。
- (3) 於保不二雄：“親子”，6頁；谷口知平：“親子法の研究”，117頁—130頁

六

- (1) 民法第818条
- (2) 児童福祉法に、里子の親権についての規定の存在しないことは、里親に里子の親権を与えないという消極的理解を余儀なくされ、この事実は、里子委託契約を身分法的な観点から把握しない当然の結論である。
- (3) 厚生省編：“厚生法規総覧”，2422頁（中央法規版）
- (4) ここにいう懲戒場へ入れるということは、民法第822条に基き家庭裁判所の許可を得て少年院や教護院などへ入れることを意味していると思われるが、それが誤りであることは後にのべる。（八の註3参照）
- (5) 児童福祉法第27条1項3号
- (6) 昭和29年厚生省の発表した“全国里親実態調査”によると、全里子中、親権者の存在するものは41.3%であり、この数字は年々増加しているとのことである。
大阪市における同上比率は矢張り約41%（取扱件数160件のうち65件）である。
- (7) 都道府県知事の委託契約解除及び委託替については児童福祉法第27条6項
- (8) 定型的内容とは、すべてこの種の契約に当然予定されるところの内容をいう。
- (9) 附随的内容とは当該契約において、特に具体的、かつ附随的に定められた内容をいう。
- (10) 里親家庭運営要綱第一章第7
- (11) 財産法の関係分野においても、権利の譲渡は一般的に認められるが、義務の譲渡は、権利者を害する危険性を伴うから、特に債務引受等の様な場合を除き認められない。
- (12) 親権・管理権の辞任及び回復
 - ①親権を行う父又は母は、やむを得ない事由があるときは、家庭裁判所の許可をえて、親権又は管理権を辞することができる。
 - ②前項の事由が止んだときは、父又は母は、家庭裁判所の許可を得て親権又は管理権を回復することができる。
- (13) 本文（五）参照
- (14) 民法第834条
- (15) 親が未成年子に対して有する親権につき、その帰属に変更を命ぜられる場合として民法第834条及び第835条参照
- (16) 物権の追求的作用とは、簡単にいうなれば、権利者が例え、その「物」が何人の手中にあっても、その所在に追求してその権利を主張し得ることをいい、この絶対性が本文にのべた実親の権利の絶対性と類似する。
- (17) 里親委託に直接関係するものではないが、民法第766条の子の監護者に第三者を決定した場合、かかる第三者の監護引受は、事実上の問題にすぎないと説く説—長野潔：“婚姻と新民法”，198頁。
尚、父母以外の第三者も民法第766条の監護者になり得ると説くもの—中川善之助編：“註釈親族法（上）”，254頁；青山道夫：“身分法概論”，132頁；我妻米：“改正親族相続法解説”，69頁。
- (18) 里親の児童養育に対する「意欲と能力」については、現行法の下では、前掲“運営要綱”第一章第3

の(4)の「家庭調査」にもとづき(5)の認定基準によって測定する。

厚生省編：“Child Welfare Manual 1951”，もこの点について詳しくあげている。

尚，Fredericksen：“The Child and His Welfare”，pp.185～186もこの点について指摘している。

- (19) かかる考え方は，児童福祉法第27条第3項と第47条第2項との関係について考え得るところと全く同一である。尚右両規定の関係については後出の註25参照
- (20) 単独親権 一両親の離婚・非嫡出子の場合等の如く，父母が共同して親権を行使しえず，いずれか一方が親権者たることを指す一の場合に於て，子の身上に関する親権は，子と共同生活をするのにより適当な一方の親のみが行使しなければならないとされるのもかかる考えと基盤と同じくする。
西原道雄：“親権と親の扶養義務”，（家裁月報8巻11号），31頁
- (21) 事件の概要は スエーデン人マリアンヌが，ようやく満一才になった頃，当時結核の療養中であった，その母グイグイアンより，日本人山口フミ夫妻がマリアンヌ養育の依頼をうけ，これを引取り爾後6年間養育を続けて来たが，スエーデンの裁判所からマリアンヌの監護権者に任命されたという者が山口夫妻にマリアンヌの引渡を請求して来たものであって，第一審横浜地裁は昭和31年12月5日同人の後見は，法令23条1項に則りその本国法によるべきものとし，5年間に亘る山口夫妻の利害や打算を超越した愛情と努力による養育事実を認め乍らも原告勝訴の判決をなし紙上を賑わした。その後本件については，山口夫妻より控訴の申立をなし，第二審東京高等裁判所に於て和解が成立，マリアンヌは引続いて山口夫妻の下で養育されている。
- (22) 三淵乾太郎氏は，この事件について幼児引渡請求権を吟味し，判例の判断の正しいことを前提としながら，その理論は誠に形式的なものであって，その態度に「たまらないものを感じる」とのべておられる。同氏の“マリアンヌちゃん引渡請求事件の判決に關聯して”（法律のひろば）1957年2月号，17頁参照。
- (23) 制度は，それを容認する法規によって規制されるが，その法規は又，現実の制度内容の累積によって規制されるということがいえる。
- (24) この児童福祉施設の長の親権についての解釈は，高田浩運：“児童福祉法の解説”，298頁に詳しい。
- (25) 児童福祉法第27条3項は，親権者の意に反して児童を施設に収容し得ないことを定めているが，一旦収容されれば実親は，同法47条2項の施設の長の措置に異議をはさむことができない。
- (26) 契約を存続するに耐えられない様な賃借人の義務違反の事実の存在をいう。
- (27) 勝本正晃：“物権法”，104頁
- (28) この点については，明文はないが前記運営要綱第一章の第2の趣旨に則り児童相談所に於てこれを実行していた様である。
- (29) もっとも幾分でもこの弊害を除去するため児童福祉法第33条の5をあらたに設けて，児童相談所長にも児童の親権者の親権喪失宣告の請求権を認めた。

七

- (1) 前掲厚生省児童局編：“全国里親実態調査”によると58.7%が親権者のないものである。大阪市の場合は，大阪市立児童相談所取扱件数160のうち67件（約41%）が親権者又は後見人が存在しているから他の59%が親権者又は後見がない。

- (2) 大阪市においては、児童相談所にケースが移されてから後見人を選定したのは160件のうち6件のみで（うち2件は後見人が児童相談所長である）ある。
- (3) ソビエトにおける里親制度は、この里親の同時後見人制度がとられている。

八

- (1) 監護教育権能については、両者を区別せず一体として考える説、即ち我妻米：「民法大意（下）」、487頁；青山道夫：「近代家族法の研究」、151頁；西原道雄：「親権と親の扶養義務」（家裁月報8巻、11号）7頁と、両者を一応区別し、監護に教育は含まないとする説、即ち、福島四郎（中川善之助編）：「註釈親族法」、255頁；谷口知平：「親権（後見）」、（家族法と家族問題）302頁考えるの両者がある。かかる差異は民法第766条の監護範囲について重大な意味を有するが、幼児の場合をと矢張り前説の方が妥当であると思われる。
- (2) 監護教育の実を挙げるための権利と解し得る。民法第821条
- (3) 民法第822条は、親権者は必要な範囲で自らその子を懲戒し、又は家庭裁判所の許可を得て、これを懲戒場に入れることができる旨を規定する。これは子の身上に実力矯正を加える権利を親権者に認めたものではあるが、本文にのべた如く、ここにいう懲戒場は現在存在しない。従って懲戒場に入れることができる旨の規定は空文である。
一説によれば、家庭裁判所の許可を得て、少年院、教護院へ入れることが、これに該当する様に解釈する向もあるが、（谷口知平：前掲「親権」、303頁）現在児童を少年院並びに教護院に送致する旨の決定は、すべて家庭裁判所の審判又は児童相談所の措置を必要とし、単なる許可とは異なるからこの解釈は妥当ではない。
懲戒場なるものが存在しないことについては、中川善之助：「註釈親族法」、251頁
- (4) 里親家庭運営要綱第6里親家庭における保護、(16)の1, 2, 3.
- (5) 民法第818条第1項第3項
- (6) 児童福祉法第4条
- (7) 立法的には、従来の年令をそのまま容認するとしても、かかる調整は決してむづかしいことではない。18才を超過して尚、里親のもとで養育をうける里子については、その期間里親に本文中の権能を継続して附与することを例外として定めるのも一方法である。
- (8) かかるものを里親と呼ぶこと自体が妥当であるか否か問題である。大阪市では家庭保育という形で進められている。大阪市社会福祉協議会発行「大阪の社会事業」No. 101（昭和33年11月15日付）参照
- (9) A. Egger: "Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch", s. 52.
- (10) 親権をふくめて児童の保護育成は、子に対する各人個別的な義務ではなく、国家社会に対して負うものである。谷口知平：「親権」、299頁、と同時に児童の保護育成は国家の責任であることは近年の世界の趨勢である。
- (11) 蓋し、私生活の自由を阻むものである以上当然のことであろう。